

DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

ARTIGO

CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

NÍVIA MONICA DA SILVA

Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais, Mestre em direito público pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

RESUMO: Este artigo se propõe a discutir, no plano do discurso jurídico, os entraves à efetivação dos direitos fundamentais sociais, problematizando a ideia de que existem direitos que independem de prestação estatal. Questiona-se, assim, a aplicabilidade da teoria da reserva do possível como óbice à justiciabilidade dos direitos sociais desde que ancorada tão somente na pressuposição de que a implementação desses direitos gera custos. Pretende-se, ainda, traçar parâmetros para distinguir exigibilidade de justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e afirmar a importância de se estimular a exigibilidade social e política desses direitos, que devem anteceder à exigibilidade judicial ou justiciabilidade. Para tanto, é necessário que se ampliem os espaços de deliberação e as condições para que a sociedade se mobilize em torno das escolhas alocativas de recursos que atendam às suas prioridades, destacando-se a possibilidade de ação dos membros do Ministério Público nesse processo.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; direitos fundamentais sociais; exigibilidade; justiciabilidade.

ABSTRACT: This paper aims to discuss, within the legal framework, the hindrances to the effectiveness of social fundamental rights, raise the potential problems of the idea that are rights that do not depend on state intervention. It will thus address the applicability of the bud-

getary limitation clause as a hindrance to the justiciability of the social rights based on the presupposition that the implementation of rights generates costs. This paper will also identify parameters to distinguish between enforcement and justiciability of social fundamental rights, and affirm the importance of encouraging social and political enforcement of these rights, which should precede judicial enforcement, or justiciability. To achieve this, there must be more opportunities for debate so that society can work together according to the resources available to address their priorities, while highlighting the potential for intervention by the public prosecutors in this process.

KEY-WORDS: Democracy; fundamental social rights; enforcement; justiciability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direitos fundamentais: sociais ou liberais; positivos ou negativos? 3. Os custos dos direitos. 4. Limites e possibilidades para a construção de alternativas para a concretização progressiva dos direitos fundamentais sociais. 4.1. Exigibilidade ou justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais? 4.2. A reserva do possível como limite intrínseco à implementação dos direitos em geral. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os direitos sociais são apresentados como expectativas ligadas à satisfação de necessidades básicas de pessoas em âmbitos como o trabalho, a habitação, a saúde, a alimentação ou a educação. Conquanto seja ampla a polêmica sobre o caráter jurídico dos direitos sociais, seja pelos condicionamentos fáticos que antecedem sua implementação, seja pelas dúvidas acerca da justiciabilidade, e até mesmo sobre a nota de fundamentalidade desses direitos, é certo que os bens protegidos por eles relacionam-se diretamente com a subsistência condigna das pessoas e o gozo de condições materiais que possibilitam o exercício efetivo da autonomia privada. Assim, discutir e contextualizar adequadamente tais direitos no âmbito do sistema jurídico brasileiro é de grande interesse, sobretudo se se considerar a posição central que ocupam na consolidação do regime democrático.

Não se pretende examinar todas as objeções à natureza dos ditos direitos sociais, em virtude dos limites deste trabalho. Pretende-se, nada obstante, apreciar a objeção de índole institucional dirigida à exigibilidade jurídica dos direitos fundamentais sociais, centrada na compreensão estrita da separação dos poderes e, notadamente, no que se refere aos direitos que tutelam o acesso a políticas de saúde, educação e assistência social. Quer-se, também, apresentar argumentos que possam conduzir à conclusão de que vários dos direitos sociais gozam da mesma fundamentalidade que outras espécies de direitos assegurados constitucionalmente, como os direitos políticos, por exemplo, e, em seguida, abordar criticamente a disseminada tese que sustenta a impossibilidade da intervenção judicial na concretização dos direitos sociais em virtude da escassez de recursos à disposição do Estado. Isso porque esse entendimento amplia injustificadamente os limites do “mérito administrativo” e, via de consequência, cria um âmbito de exceção ao direito, cujo único controle parece residir na remota representatividade política do agente público gestor dos recursos.

Busca-se, nesse contexto, identificar alguns parâmetros que permitam a compatibilização entre exigibilidade dos direitos fundamentais, inclusive por meio de intervenção judicial, e o princípio democrático, evitando-se que se recaia numa espécie de proatividade do sistema jurídico que desconsidere as diferenças funcionais entre direito e política, seguindo a proposta de diferenciação sistêmica elaborada por Niklas Luhmann (2004). De início, questiona-se a classificação dos direitos sociais como direitos estritamente positivos – em oposição aos clássicos direitos liberais tidos como negativos –, a exigir atuação estatal, e cuja implementação, diferentemente dos direitos civis em geral, gera custos para os cofres públicos.

A relevância do enfrentamento dessa questão está no fato de que as repercussões dessa antiga e difundida classificação, tanto na teoria quanto na prática jurídica, não raro acarretam sensíveis incongruências na análise dos pressupostos pragmáticos, em especial os que dão sustentação à doutrina da “reserva do possível” no direito nacional. A crítica a essa visão clássica que impõe limites insustentáveis à implementação dos direitos dos direitos sociais, tem seu ponto de partida

e substrato teórico nas ponderações de Cass Sunstein (2004), cuja teoria relativa ao custo dos direitos será anotada em linhas gerais.

Do mesmo modo, pretende-se evitar, numa interpretação tábula rasa do princípio da separação dos poderes, a pura e simples adesão à posição tradicional – a anomia do Judiciário diante da concretização da prosperidade social –, impondo-se, assim, a contenção do impulso excessivamente proativo dos juízes e, em igual medida, do Ministério Público, o qual muitas vezes se materializa em decisões voluntaristas.

Por fim, com base na reconstrução discursiva do sistema de direitos apresentada por Jürgen Habermas (1997), na diferenciação funcional entre direito, política e economia enfatizada por Luhmann (2004) e na proposta de ressignificação democrática dos direitos sociais em países com baixo nível de generalização desses direitos, como o Brasil, como anota Marcelo Neves (2007). Nesse ponto, tornam-se pertinentes os apontamentos de Gerardo Pisarello (2007) pois é necessário que se distinga entre os diversos níveis de exigibilidade de direitos sociais para que sindicabilidade jurisdicional seja apenas uma das hipóteses entre outras várias que a precedam. Vale dizer, em que pese a viabilidade da exigibilidade judicial desses direitos, não se devem desconsiderar as demais vias de exigibilidade que extrapolam – e, por que não dizer, precedem – o plano jurisdicional. Isso pode se dar, por exemplo, por meio de uma ação mais contundente do próprio Ministério Público no que diz respeito ao acompanhamento da elaboração e da execução dos orçamentos públicos.

2. Direitos fundamentais: liberais ou sociais, positivos ou negativos?

Limitando a análise do tema aos fins pretendidos neste estudo, voltamos a atenção a determinada categoria de direitos fundamentais que ostentariam caráter estritamente positivo, em detrimento de outros ditos negativos – nomenclatura que teria sido cunhada originalmente por Isaiah Berlin¹ em palestra proferida em Oxford, em

¹ É desse autor a célebre assertiva: “Oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra a intervenção do Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos e doentes é zombar de sua condição: eles precisam de ajuda médica ou educação antes de poderem compre-

1958, quando distinguiu os direitos fundamentais entre liberdades negativas e positivas (*apud* GALDINO, 2007). Contudo, a tipologia elaborada pelo autor, à época, pretendia ressaltar o caráter político, não jurídico desses direitos, que é a defesa da preponderância da liberdade negativa em desfavor da positiva, num contexto político bipolar imposto pela Guerra Fria. A liberdade positiva seria, portanto, uma possibilidade de autogoverno e participação, sem conexão necessária ao caráter prestacional dos respectivos direitos. Com o tempo, a nomenclatura da classificação de Isaiah Berlin foi assumindo roupagem eminentemente jurídica e acabou por se consolidar no cenário da dogmática jurídica, no Brasil, inclusive.

Habermas (2003, p. 107), ao mencionar a matriz sistêmica de Talcott Parsons, de que deriva, em parte, sua teoria discursiva do direito, põe em relevo a referência empírica à expansão dos direitos dos cidadãos que T. H. Marshall havia pesquisado no âmbito do processo de modernização capitalista:

A divisão sugerida por Marshall em ‘civil’, ‘political’ e ‘social rights’ segue uma classificação jurídica já conhecida. Segundo esta, os direitos liberais de defesa protegem o sujeito de direito privado contra intromissões ilegais do Estado na vida, liberdade e propriedade; os direitos de participação política possibilitam ao cidadão ativo uma participação no processo democrático da formação da opinião e da vontade; e os direitos de participação social garantem ao cliente do Estado do bem-estar segurança social e um rendimento mínimo. Marshall defende a tese segundo a qual esta seqüência tornou possível assegurar e ampliar sucessivamente o *status* de cidadãos nas sociedades ocidentais nos últimos dois ou três séculos.

Alerta o autor alemão, todavia, que é necessário ter claro que a ampliação dos direitos de cidadão não deixa de ser resultado das lutas e movimentos sociais. É inegável que migrações e guerras, como tipos de movimentos sociais extraordinários que são, também contribuíram para a ampliação do *status* de cidadão em variadas dimensões. Segundo Habermas (2003, p. 108), “fatores que estimulam

ender ou aproveitar um aumento em sua liberdade” (BERLIN, 2002, p. 231).

a juridificação de novas relações de inclusão têm efeitos distintos também sobre a mobilização política da população e, assim, sobre a ativação dos direitos dos cidadãos já existentes”.

O *status* de cidadão, entretanto, não pode ser considerado no plano eminentemente empírico, tampouco reduzido ao aspecto normativo. Os direitos, por outro lado, também podem ser considerados tanto do ponto de vista moral quanto do jurídico. Na esteira desse raciocínio, Habermas concebe um mundo da vida capaz de superar a dicotomia em que se insere o direito como “sistema de saber” e como “sistema de ação”.²

Destacando a constante tensão entre a facticidade e validade³ do direito e o consequente modo ambivalente em que se apresenta a validade jurídica, Habermas propõe a superação das premissas da filosofia da consciência e da herança metafísica do direito natural, em que o direito positivo subordinava-se ao direito natural ou moral, mediante reconstrução do sistema de direitos a partir da com-

² É um sistema de saber quando é entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas e é um sistema de ação quando compreendido como uma instituição que enfeixa um complexo de reguladores da ação humana. O mundo da vida centra-se na prática comunicativa cotidiana que resulta “do jogo entre reprodução cultural, integração social e socialização. Assim, o sistema de ação “direito”, como ordem jurídica que se tornou reflexiva, faz parte do componente social do mundo da vida. Logo, é por intermédio das ações jurídicas que as instituições do direito se reproduzem “junto com as tradições jurídicas compartilhadas intersubjetivamente e junto com as capacidades subjetivas da interpretação de regras do direito” (HABERMAS, 2003. p. 111-112).

³ Grosso modo, a facticidade no direito corresponde ao seu aspecto coercitivo necessário à efetividade normativa; a validade, por outro lado, decorre da imputação recíproca de direitos entre as pessoas, como elemento inerente à sociedade política na qual se inserem, de modo que cada indivíduo se reconheça, ao mesmo tempo, como autor e destinatário da ordem jurídica. Assim, como corolário, tem-se a visão discursiva de que os princípios da soberania popular e da declaração de direitos, conquanto se apresentem em planos empiricamente opostos, são cooriginários e reciprocamente complementares, e o equilíbrio entre essas duas instâncias é garantido pela função de coordenação atribuída ao direito, como procedimento institucionalizado. Entre facticidade e validade instaura-se, portanto, uma tensão em que o direito, alimentando-se da legitimidade (plano da validade) que permite a generalização normativa, vê-se autorizado a valer-se do instrumental coercitivo (plano da facticidade), para prevenir o risco de dissenso ínsito à aparente oposição entre soberania popular e declaração de direitos, percebida do ponto de vista empírico.

preensão de que “o direito positivo e a moral pós-convencional⁴ desenvolveram-se cooriginariamente a partir das reservas da eticidade substancial em decomposição” na modernidade. Da mesma forma, a conjugação entre a autonomia pública e privada dos cidadãos – membros sociais típicos de uma comunidade constituída juridicamente – deve nortear o sistema de direitos que, assim orientado, deve contemplar “os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo” (HABERMAS, 2003, p. 154). É nesse ponto que o autor introduz o princípio da democracia que, como forma institucionalizada do princípio do discurso, aparece como núcleo do sistema de direitos. Sua incidência inicia-se pelas liberdades subjetivas de ação enfeixadas pela autonomia privada e, em seguida, alcança a institucionalização jurídica das condições necessárias ao exercício discursivo da autonomia pública que, por sua vez, retroalimenta a autonomia privada, revestindo-a de forma jurídica. É por meio da concepção de uma formatação jurídica que Habermas divide o sistema de direitos em categorias de direitos capazes de gerar o código jurídico que as orienta, “uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito” (2003, p. 159-160), a saber:

1. Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.

[...]

⁴ Conforme explica Neves (2008, p. 26, 28-29), Habermas acolhe a proposição construtivista de Lawrence Kohlberg segundo a qual o desenvolvimento da capacidade de julgamento moral dos indivíduos se dá em três níveis: pré-convencional, convencional e pós-convencional. A partir daí, associa-se a cada um desses níveis três tipos de perspectiva social: a concreta individual, a de membro da sociedade e a do que é prioritário no âmbito dessa sociedade. Assim, no primeiro estágio da moral pós-convencional, considera-se moralmente correto observar os direitos, valores e contratos legais básicos de uma sociedade, mesmo em caso de conflito com as regras e leis concretas do grupo a que pertence o indivíduo. Já na segunda e última fase do nível de moralidade pós-convencional, estabelecem-se os princípios éticos universais, como a igualdade dos direitos humanos e o respeito pela dignidade dos homens como pessoas individuais. Somente no nível pós-convencional da consciência moral é que a pessoa supera a automatização da prática cotidiana.

2. Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito.

3. Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de *postulação judicial de direitos* e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.

[...]

4. Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e por intermédio dos quais eles criam direito legítimo.

[...]

5. Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).

Os direitos enfeixados na categoria 1 devem ser precedidos da especificação de quais direitos cada um pode reclamar judicialmente do outro, por isso tal categoria de direitos pressupõe outras que lhe são necessariamente correlatas. Na categoria 2, estão os direitos que regulam a participação de uma dada sociedade, distinguindo entre membros e não membros, “cidadãos e estranhos”. Na categoria 3, o autor refere-se aos direitos que garantem o acesso a “tribunais independentes e efetivos” àqueles que se sentirem prejudicados em suas pretensões.

O autor explica que essas três primeiras categorias de direitos dizem respeito à autonomia privada de sujeitos e representam a discursividade do sistema jurídico, pois possibilitam a existência de “condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral” (HABERMAS, 2003, p. 159). Em seguida, no item 4, inserem-se os direitos políticos por excelência, por meio dos quais o *status* de cidadão livre e igual encontra seu fundamento, relacionados à estrutura da autonomia pública dos sujeitos.

A quarta categoria enumerada pelo autor é que mais interessa aos objetivos desse trabalho. Isso porque os direitos fundamentais à saúde, à educação e à assistência social, por exemplo, são essenciais à fruição de todos os direitos que os cidadãos decidam atribuir-se reciprocamente. Por conseguinte, não se pode falar em autonomia pública ou em autonomia privada se não se promove o acesso ao direito elementar às condições de vida garantidas socialmente.

Assim é que, ao postular a equprimordialidade entre a autonomia pública e a autonomia privada dos cidadãos, num contexto em que entre a declaração de direitos e a soberania popular predomina uma relação de cooriginalidade, Habermas atribui fundamentalidade tanto aos direitos ditos típicos do estado liberal quanto àqueles instituídos com a ascensão do estado social, afirmando que “tanto as liberdades subjetivas quanto as garantias sociais podem ser tidas como uma base jurídica para a autonomia social que torna possível uma defesa efetiva de direitos políticos” (2003, p. 109).

É com base nessas premissas que “não há como se pretender apartar os direitos individuais dos direitos sociais” (CRUZ, 2007, p. 337), uma vez que a visão sociológica da ampliação gradativa do *status* de cidadão, trazida por Marshall, assim como a noção de gerações de direitos concebida originalmente por Vasak⁵ podem ser compreendidas como instrumentos para reconstrução histórica dos direitos fundamentais.

Da mesma forma, embora se valha da distinção entre os paradigmas do estado liberal e do estado social para construir sua teoria crítico-deliberativa acerca do Estado Democrático de Direito, Habermas nega-lhes a condição essencial de antagonismo. Isso porque ao estado liberal seguiu-se o estado social, sem que houvesse uma ruptura no que diz respeito aos direitos atribuídos aos cidadãos em um ou em outro caso. Se o Estado liberal pressupunha uma liberdade já afirmada filosoficamente, nos termos de uma sociedade fundada

⁵ Conforme explica Álvaro Ricardo Souza Cruz (2007, p. 337), o francês Karel Vasak foi o primeiro estudioso a apresentar, em 1979, uma classificação dos direitos humanos baseada nas fases do respectivo reconhecimento desses direitos, dividida em três gerações. A primeira dizia respeito à primazia da liberdade, a segunda dava ênfase à igualdade, ao passo que a terceira se vinculava aos valores da fraternidade em evidência quando do fim da Segunda Grande Guerra.

por um contrato de iguais, o estado social, em que pese a pretensão crítica de negar as liberdades ditas burguesas, propõe-se tão somente a concretizá-las, agora sob a tônica da igualdade assegurada pela intervenção estatal no âmbito da autonomia privada. Em suma, a contraposição entre a igualdade *formal* dos liberais e a igualdade material pretendida pelos adeptos do estado social constitui uma falsa dicotomia, uma vez que a promoção da igualdade material retoma a ideia, renovada pelas pretensões de concretude, da igual medida de liberdade para cada um dos indivíduos.

Relevante, nesse ponto, é a conclusão de que, em Habermas, um direito é dotado de fundamentalidade conforme seja essencial à afirmação da autonomia privada e pública dos cidadãos e que somente a partir de sua observância torne-se possível a pressuposição recíproca entre tais esferas, unidas pelo mesmo nexo interno que liga os direitos humanos à soberania popular. Assim é que:

O nexo interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças a uma autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem uso adequado da sua autonomia política (HABERMAS, 2001, p. 148).

Interessa, aqui, um ponto em especial: a precedência que se atribui aos direitos da matriz liberal deve ser restrita ao âmbito histórico e, na esteira dessa compreensão, tanto os direitos ditos sociais quanto os direitos tipicamente liberais serão dotados de fundamentalidade para a efetiva fruição da vivência democrática.

A propósito dessa distinção, segundo entendimento aqui encampado, é necessário difundir classificações que auxiliem na compreensão da problemática que versa sobre os direitos fundamentais sem, contudo, colocar em xeque a fidelidade à contextualização eminentemente jurídica desses direitos. Classificar o direito à liberdade de crença e o direito à propriedade como direitos de defesa, o direito ao voto como direito político e o direito à saúde, *v.g.*, como direito social muitas vezes abre espaço para compreensões equivocadas so-

bre o que torna um direito fundamental e quais os limites que, em tese, incidem sobre a respectiva efetivação.

Em perspectiva diversa, ao analisar os “elementos de uma Constituição”, o cientista político Claudio Gonçalves Couto (2005) apresenta uma classificação descomplicada, objetiva e adequada sob o ponto de vista político que possibilita identificar os direitos dotados de essencialidade numa sociedade política que, não obstante, parece útil à perspectiva jurídica, qual seja a distinção entre direitos fundamentais operacionais e direitos fundamentais condicionantes do regime político. Todas as espécies de direitos fundamentais hão de ser agrupadas numa ou noutra tipologia, que considera operacionais os direitos em regra tidos como direitos de liberdade e como direitos políticos, porque são essenciais à operação do regime; e condicionantes os direitos à propriedade e à saúde, por exemplo, dado que atuam como condições externas imprescindíveis à preservação da democracia.

Se, de um lado, subtrair os direitos políticos ou os direitos de expressão dos cidadãos equivale a anular requisitos básicos para o funcionamento do regime, “na medida em que subtrairia aos cidadãos capacidades necessárias ao exercício democrático do poder” (COUTO, 2005, p. 105) – ou, para usar uma expressão de Habermas, faria com que os cidadãos perdessem de vista o “sentido democrático da auto-organização de uma comunidade política” (1997, p. 146) –, de outro, subtrair o acesso dos cidadãos às garantias sociais ameaça a própria existência da democracia. Isso porque inexistentes as condições materiais e de bem-estar, ainda que em patamar mínimo, não se pode aquilatar se há adesão consciente dos indivíduos ao ordenamento estatal vigente, o que coloca em xeque o próprio regime democrático. Vale dizer: se o Estado não assegura tais direitos fundamentais aos cidadãos – ou quando muito não se dispõe a ampliar o acesso gradativo aos direitos sociais essenciais a existência condigna – eles podem optar por abandonar o jogo democrático, “apostando no conflito aberto como forma de atingir seus objetivos e preservar seus interesses ou valores fundamentais” (COUTO, 2005, p. 106).

A crítica ora dirigida às tradicionais subdivisões dos direitos fundamentais centra-se no fato de que, ao levar em conta a espécie de bem tutelado por tais direitos ou a matriz histórica que

os conceberam, não raro geram outras classificações que tendem a limitar a importância e efetividade de alguns tipos de direitos fundamentais, como acontece com alguns dos direitos condicionantes, *v.g.*, aqueles ligados à saúde, educação, assistência social. Exemplo disso é a constatação de que à clássica diferenciação entre direitos de liberdade ou de defesa e direitos sociais seguiu-se a distinção entre direitos positivos e direitos negativos, apresentada como correlata aquela, cujo exame crítico será desenvolvido a seguir.

Incluídos em categorias diferenciadas, os direitos de liberdade são tradicionalmente compreendidos como direitos negativos, pois dependem apenas de um *non facere* do Estado e os direitos sociais são assimilados como direitos positivos, uma vez que, no âmbito dessa classificação, são os que demandam um agir estatal.

Historicamente, a preponderância do pensamento liberal haurida na modernidade fez com que se reconhecessem as liberdades individuais como direitos públicos subjetivos do cidadão em face do Estado, direitos que exigiam uma abstenção estatal em favor da livre manifestação da esfera de ação do indivíduo. Com o advento de um novo modelo estatal, sobretudo a partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, a inclusão de direitos sociais e econômicos no rol dos direitos constitucionalmente assegurados fez com que o Estado começasse a intervir nas relações sociais a fim de promover a justiça nessas relações, efetuando ou determinando que se efetuassem prestações positivas. Repudiava-se, assim, a até então festejada omissão estatal (PIOVESAN, 1995).

Como se viu, Marshall inovou ao classificar o desenvolvimento da cidadania nos níveis civil, político e social, correlacionando-os com os respectivos períodos históricos em que tais direitos foram reconhecidos. Posteriormente, vários autores aprimoraram essa visão, agrupando os direitos conforme as gerações a que pertenciam. Destaca-se, aqui, a proposta de Norberto Bobbio (1992) na obra *A era dos direitos* segundo a qual seriam direitos de primeira geração aqueles de natureza eminentemente liberal, como a liberdade de expressão e de participação política; de segunda geração, os direitos sociais, econômicos e culturais, típicos do estado social; já na terceira onda

de direitos estariam os direitos de solidariedade e fraternidade. Alguns autores, como Paulo Bonavides, incluem a quarta e a quinta onda geracional de direitos.

Pontes de Miranda (1960, p. 277), já assinalava a diferença entre direitos fundamentais positivos e negativos: “É de advertir-se, porém, que, falando-se de direitos fundamentais negativos e de direitos fundamentais positivos, não se alude ao conteúdo e sim à pretensão do Estado. É classificação que só atende a isso”. Leva-se em consideração, nessa perspectiva, qual a pretensão se espera do Estado: se se pretender que o Estado aja para concretizar o direito, ele será classificado como positivo; caso não se demande uma postura comissiva do Estado, estar-se-ia em face de um direito negativo. Percebe-se, portanto, que é bastante antiga e arraigada na cultura jurídica brasileira a ideia de que os direitos tipicamente liberais ou de defesa são negativos porque pressupõem pura e simplesmente um absenteísmo estatal sem custos financeiros, ao passo que os direitos sociais, marcadamente positivos, só se efetivam se houver um dispêndio – inclusive financeiro – do ente que se obriga a entregar a prestação devida ao indivíduo ou à coletividade.

Entretanto, a conclusão parte de premissas equivocadas e põe em xeque a plausibilidade dessa conclusão. Com efeito, “o primeiro passo a ser dado pela doutrina é a difusão de que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão negativa e uma prestacional e que todos, sem exceção ‘custam dinheiro ao erário’ ” (CRUZ, 2007, p. 335).

Conforme rememora Torres (2000, p.170), Georg Jellinek no século XIX já observava que também os direitos de liberdade ostentam status positivo: a garantia da existência da Jurisdição por si já é suficiente para caracterizar a faceta positiva desses direitos. Não bastasse a prestação jurisdicional, o Estado deve garantir também positivamente a fruição das liberdades por meio da polícia, das forças armadas, da diplomacia ou de outro serviço público. Em outras palavras, a partir desse exemplo já se observa que disponibilizar a fruição de direitos implica a existência de ações públicas – políticas públicas – que a viabilizem.

Como o ente que se obriga a prestar os direitos sociais, via de regra, é o Estado, o custo dos direitos sociais tornou-se o mais corrente óbice à correspondente efetivação. Se é certo que as demandas são ilimitadas e os recursos escassos, há que se estabelecer uma reserva do que é possível ao Estado oferecer aos seus cidadãos. Ainda que, *grosso modo*, seja essa a razão da importação da teoria de inspiração tedesca relativa à reserva do possível, não se pode perder de vista que tudo acontece na medida da possibilidade material. A questão que não fica clara nas decisões acerca do tema é que a existência ou não de recursos materiais para a concretização de um direito está associada a uma escolha de natureza política, administrativa e orçamentária que antecede a exigibilidade desse direito. Esse é o cerne da questão que se pretende discutir e ponto essencial para que se perceba a pertinência de desmistificar a ideia de que apenas a implementação dos direitos sociais onera os cofres públicos.

Pois bem. Embutida nessa classificação entre direitos positivos e direitos negativos, há uma falsa pressuposição de que os direitos negativos, como direitos que “apenas” asseguram o gozo das liberdades, são direitos subjetivos cuja efetivação independe de qualquer atuação positiva capaz de onerar o Estado. Em certa medida, essa compreensão falaciosa enfraquece a mobilização social em torno da concretização daqueles direitos ditos positivos por ocasião das escolhas políticas da Administração Pública. Isso porque, em virtude dessa compreensão, não se considera, por exemplo, que garantir o exercício do direito ao voto implica, necessariamente, o dispêndio de recursos públicos; o equívoco está no fato de não se esclarecer que o gozo de qualquer direito, seja ele tido como “positivo” ou “negativo”, implica escolhas políticas que se concretizam em orçamentos públicos. Essa questão será retomada no tópico seguinte.

3. Os custos dos direitos

Ao chamar a atenção para “Os custos dos direitos”, Cass Sunstein e Stephen Holmes (1999), abstraindo os aspectos axiológicos dos direitos e buscando um enfoque meramente descritivo, preocupam-se com a inquirição empírica acerca de quais interesses uma sociedade politicamente organizada opta por proteger prioritariamente (*rights in legal sense*).

Os autores, portanto, limitados à perspectiva descritiva dos direitos em geral – até porque as obrigações morais só terão custos se estes forem reconhecidos em lei –, defendem o entendimento de que a efetivação de todos os direitos gera dispêndio de recursos materiais, não havendo como se falar em direitos meramente negativos ou exclusivamente positivos, sob ponto de vista da prestação estatal e do respectivo dispêndio financeiro. Todos os direitos, assim, são institucionalizados, justamente por dependerem da atuação estatal para que sejam implementados e deles possam usufruir os cidadãos, até porque, em última análise, a exigibilidade judicial desses direitos também depende dessa atuação.

Nessa perspectiva, os cidadãos só têm seus direitos satisfeitos, ainda que conferidos pelo ordenamento jurídico num dado contexto sociopolítico, se o governo é capaz de taxar suficientemente e entregar ao destinatário a prestação correspondente; os “direitos positivados” (*legal rights*), portanto, só existem na realidade se e quando o Estado pode custeá-los.

Os direitos havidos pela teoria tradicional como “negativos” também têm custos sociais, como, por exemplo, aqueles decorrentes da garantia dos direitos do acusado no curso do processo penal, tipo de direito que configura um custo indireto e, além disso, pressupõe dispêndio de recursos públicos.

Não se pode negar, na esteira desse raciocínio, que os direitos de liberdade em geral têm custos indiretos, mas de toda sorte há também um dispêndio financeiro para sua implementação. Um exemplo emblemático apresentado pelos autores é a exigência do uso de capacete aos motociclistas. Conquanto a regra tenha por fim preservar a segurança dos condutores em geral, sua implementação foi motivada pelas altas cifras desembolsadas pelo Estado para custear as despesas hospitalares, assistenciais e previdenciárias daqueles que se acidentavam nas vias de tráfego. Com efeito, a restrição da liberdade do cidadão em transitar pelas ruas de motocicleta sem o capacete passou a ser bastante razoável em face da economia que a medida gerou aos cofres públicos. Raciocínio semelhante chegou a ser encampado pela imprensa nacional por ocasião da aprovação da

Lei nº 11.705/2008, que ficou conhecida como “Lei Seca”. Deixando à parte os questionamentos quanto à constitucionalidade de vários de seus dispositivos, fato é que, na fase inicial de sua vigência, o número de acidentes sofreu considerável redução e algumas manchetes de periódicos de circulação nacional chegaram a noticiar a cifra que o Sistema Único de Saúde estava deixando de despendar em virtude da diminuição do número de acidentes.

Não é diferente o que ocorre com a fruição do direito à propriedade, que *v.g.*, só é possível em razão da atuação preventiva ou repressiva do Estado em prover segurança ou mesmo em dispor de aparatos contra intempéries naturais. Se os impostos são pagos por todos – inclusive por aqueles que não dispõem de propriedades cujo gozo será assegurado pela ação governamental –, o cidadão-contribuinte deve ter o direito de questionar sobre quais os bens serão objeto da tutela prioritária do Estado. Para muitos, será preferível um investimento maior em, por exemplo, saúde e educação a gastos astronômicos com os custos indiretos de outros direitos de liberdade. Assume quase o *status* de um “tabu cultural” o fato de que todos sejam onerados com os custos da proteção ao direito de propriedade quando esse direito não é usufruído por todos.

Se isso é tão óbvio, por que o mito de que existem direitos negativos se mantém? Quais motivos levam as pessoas em geral – e a grande maioria dos operadores do sistema jurídico – a acreditar que existem direitos “que nascem em árvores” e são implementados independentemente de qualquer atuação estatal?

Algumas razões são apontadas pelos autores. Numa visão conservadora, ignorar o fato de que as liberdades privadas geram custos ao Estado deixa encobertas as discussões sobre as opções políticas – e econômicas – levadas a efeito pelo poder público, o que acaba por garantir a conservação máxima desses direitos que, via de regra, referem-se à liberdade individual e à propriedade privada, em detrimento do avanço na efetivação dos direitos sociais que beneficiaria, potencialmente, toda uma coletividade. Na análise liberal-progressista, por outro lado, é interessante que se continue a ignorar o custo indireto das liberdades individuais, porque há sempre o risco

de que, desvelado o mito, as garantias subjacentes aos direitos humanos em geral sejam vulneradas, uma vez que a própria sociedade poderia se movimentar em favor da redução do compromisso com a proteção desses direitos, o que configuraria um retrocesso.

Não se pretende, entretanto, que se caminhe no sentido de reduzir as garantias liberais, mas apenas deixar à mostra que tudo depende de escolhas; escolhas que ocorrem, inicialmente, no plano social, político e orçamentário. Busca-se oferecer um contraponto crítico à proteção devotada aos direitos eminentemente liberais em detrimento de se ampliar a implementação dos direitos sociais, que lhe são complementares. Fica evidente, por outro lado, que a medida da proteção de direitos depende da situação econômica de cada Estado. Nesse particular, é inegável o fato de que aferir custos permite trazer maior qualidade às escolhas políticas sobre quais direitos proteger. Nada obstante, os autores estadunidenses deixam evidente o repúdio a uma visão estritamente economicista dos direitos ao afirmar que

[...] dessas considerações não se pode concluir que os direitos devem ser misturados com todas as outras coisas dentro de uma gigantesca máquina capaz de avaliar a relação custo-benefício criada e operada por economistas. (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 102, tradução nossa).

As escolhas sobre onde e como gastar – ou investir – o dinheiro público devem ser permeadas por um senso ético, até porque, no fundo, implicam redistribuição – ou reconcentração – das riquezas sociais. Contudo, a prevalecer essa compreensão dicotômica que distingue entre direitos positivos e negativos, prevalece também o encobrimento dos fundamentos da política distributiva ou concentradora que o país adota. Como a ação estatal é premida por contingências relacionadas a recursos financeiros, em grande parte obtidos pela via da tributação, as deliberações sobre onde esses recursos serão investidos devem estar aptas a assimilar e, por vezes, se conformar às críticas e às deliberações advindas da coletividade.

Importante notar que os direitos – todos eles – são sempre frutos de uma opção político-social e, portanto, da negociação havida, prin-

cipalmente, no âmbito político, em que nem todas as partes encontram-se em situação de igualdade, o que, não raro, gera distorções significativas na sua implementação.

Outra conclusão relevante a que nos conduz a “teoria dos custos dos direitos” é a de que não há direitos ou liberdades privadas, sob o ponto de vista de sua implementação, uma vez que o exercício de todo e qualquer direito depende fundamentalmente das instituições públicas. Isso, via de regra, torna o direito igualmente público e, por isso, nenhum deles pode ser absoluto, pois as escolhas são inescusáveis e as liberdades ditas privadas geram custos e têm caráter público.

Do que foi dito, importa a inferência de que uma das primeiras esferas de exigibilidade de um direito concretiza-se no âmbito da alocação de recursos que, por sua vez, ocorre no plano orçamentário. Seja qual for a espécie do direito a ser exigido, a observância dessa premissa é inexorável. Todavia, resta um questionamento: por que a doutrina da reserva do possível ou reserva orçamentária – cujos delineamentos serão apresentados a seguir – é em regra utilizada como argumento contrário à implementação jurisdicional apenas daqueles direitos que, embora fundamentais, são havidos pela teoria tradicional como positivos? Indo para um plano hipotético extremado, poder-se-ia questionar por que não se afirma que o direito à liberdade de culto – por exemplo – pode deixar de ser implementado na esfera jurisdicional em razão da inexistência de reservas orçamentárias suficientes para garanti-lo?

4. Limites e possibilidades para a construção de alternativas para a concretização progressiva dos direitos fundamentais sociais

Embora o raciocínio desenvolvido por Cass Sunstein e Stephen Holmes parta da análise da sociedade estadunidense, também no Brasil a dicotomia entre as liberdades individuais ou direitos civis, como direitos negativos – de implementação graciosa –, e os direitos sociais, como direitos positivos e de efetivação onerosa, têm impedido o enfrentamento do tema em toda a sua extensão. A propósito disso, os ganhos com o esclarecimento das questões trazidas a lume pelos autores – já amplamente divulgados em trabalhos publicados no Brasil – são incontestáveis. Isso porque argumentos de ordem

institucional ou pragmática têm inviabilizado, como regra, a concretização dos direitos sociais.

Em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em pedido de suspensão de liminar ajuizado pela União (SL 228 / CE – CEARÁ), surgiu um novo olhar sobre a obsoleta classificação dos direitos sociais como estritamente positivos. Referimo-nos à ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em litisconsórcio com o Ministério Público do Estado do Ceará, haja vista que, embora datassem de muito tempo as tentativas de composição extrajudicial, todas devidamente documentadas no bojo de um extenso inquérito civil – iniciativas que, inclusive, redundaram em incidência política sobre a elaboração do orçamento relativo às políticas públicas na macrorregião de Sobral –, o Sistema Único de Saúde, por seu gestor em nível federal, não se mobilizara para fazer valer os princípios e protocolos que regem tal sistema e que haviam sido objeto de deliberação prévia. Tampouco demonstrou estar evidando qualquer esforço para cumprir o planejamento orçamentário correspondente. Fato é que, embora houvesse, em tese, a rubrica para tanto, a União estava em notável mora para com os usuários aos quais era recomendada internação em unidade de tratamento intensivo, porque em toda a macrorregião não havia vagas nesse tipo de atendimento.

Logo no início da citada decisão, a tese do custo dos direitos, tal qual engendrada por Stephen Holmes e Cass Sunstein, foi apresentada para fazer frente às limitações dogmáticas e pragmáticas à justiciabilidade dos direitos:

Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’ (*Vorbehalt des Möglichen*). [...] Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a

perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da ‘reserva do possível’, especialmente ao evidenciar a ‘escassez dos recursos’ e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que ‘levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez’ [...]. Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas

opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. [...] (STF/DF – Suspensão de Liminar 228-7/CE. Min. Rel. Gilmar Mendes, 14.10.2008)

Estabelecem-se, assim, duas premissas que indicarão os caminhos conclusivos deste artigo. A primeira delas diz respeito à constatação de que tanto os direitos de liberdade tanto os direitos políticos, quanto os sociais são fundamentais à preservação da democracia e à sobrevivência da própria sociedade política. A segunda premissa refere-se ao fato de que a efetivação desses direitos, invariavelmente, gera custos, demanda a elaboração de políticas públicas⁶ específicas e, também de modo inevitável, submete-se à limitação de recursos cuja alocação é precedida de escolhas políticas. Logo, se a administração de carências é inexorável, a efetivação dos direitos fundamentais depende da priorização na destinação dos recursos necessários à implementação das políticas públicas correspondentes que, por sua vez, é definida nos orçamentos públicos.

Com efeito, se o limite orçamentário corresponde à reserva do que é possível realizar, a concepção de uma “reserva do possível” como óbice à realização de direitos fundamentais deve ser estruturada a partir de uma visão sistêmica, evitando-se assim que se instaure uma total letargia do Poder Judiciário diante da negativa estatal em realizar direitos e, ao mesmo tempo, afastando os riscos de um ativismo judicial capaz de colocar em xeque o equilíbrio entre os Poderes ou, como se pretende abordar, entre os sistemas político e jurídico.

A “reserva do possível”, compreendida a partir da diferenciação funcional dos sistemas sociais proposta por Luhmann⁷, pode ser identi-

⁶ Como definição de políticas públicas, aquele formulado por Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 241) é objetivo e esclarecedor: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

⁷ Niklas Luhmann (2004) compreende o direito com um dos vários sistemas existentes

ficada como ponto de intersecção entre os sistemas jurídico, econômico e político e, assim, tratada como limite intrínseco à efetivação dos direitos fundamentais. Isso porque, na compreensão sistêmica desse autor, política, direito e economia são sistemas sociais distintos – em meio a vários outros sistemas, como a educação, a arte, a religião etc. – que se inter-relacionam por meio do que o autor denomina de acoplamentos estruturais.

Se é que é possível uma análise breve da teoria da diferenciação funcional dos sistemas sociais de Luhmann (2004), pode-se começar explicando que há diferenças funcionais entre cada um dos sistemas que lhe dotam de condições para oferecer prestações específicas para a sociedade. Isso porque com a complexidade advinda da modernidade, a evolução social deu lugar ao surgimento de vários sistemas que se especializaram para desempenhar determinadas funções no sistema social. De acordo com a respectiva função, o sistema se auto-organiza em operações internas realizadas com base num código binário exclusivo de cada sistema, o que se denomina fechamento operacional. No caso do direito, ele se auto-organiza – diz o que é direito e, conseqüentemente, o que corresponde às suas funções e o que não é – a partir do código jurídico/antijurídico. A política, por sua vez, auto-organiza-se em torno do que seja poder / não poder. Em razão das diferentes funções e dos diferentes códigos de cada um, surgem programas específicos para que as operações no âmbito interno se realizem. No caso do direito, suas operações são realizadas a partir de um programa normativo condi-

numa sociedade. Esses sistemas diferenciam-se conforme a função que desempenham, por isso se diz que a vertente sistêmica encampada por Luhmann enfatiza a diferenciação funcional. Ao direito, ou ao sistema jurídico, para usar a terminologia escolhida pelo autor, corresponde a função de promover a “generalização congruente de expectativas normativas”. A expressão generalização indica que o critério para a compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo, embora haja inúmeras expectativas pairando no ambiente em que o sistema se insere. O sistema jurídico só deve ser sensível às expectativas estruturadas normativamente. Expectativas normativas, a seu turno, são aquelas que persistem aos fatos, não cedem às frustrações. Se as expectativas são generalizáveis de modo congruente, ou seja, se possibilitarem ao sistema atribuir-lhes segurança, elas serão consideradas jurídicas. Assim o sistema jurídico diferencia-se dos demais por ser o único que desempenha a função de estabilizar as expectativas tornadas jurídicas pela positivização, pela institucionalização de procedimentos e pela adequação a programas condicionais de decisão.

cional, do tipo se/então. Vale dizer, se ocorre X, a regra aplicável ao caso é Y, e a decisão deve ser, então, Z. Já a política distingue-se por meio de operações orientadas por programas teleológicos, sempre voltados ao futuro.

Embora conservem a autonomia que lhes atribui a identidade funcional, os sistemas sociais mantêm inter-relações e sofrem os influxos advindos do ambiente em que se inserem. Assim, conquanto o sistema jurídico seja operativamente fechado, ele mantêm-se cognitivamente aberto às influências do meio, que funcionam como interferências intersistêmicas. Logo, não é correto afirmar, com base em Luhmann (2004), que os sistemas sociais sejam independentes entre si. Diversamente disso, eles se inter-relacionam frequentemente, sem, contudo, perder a integridade, que é assegurada pela utilização de um código e de um programa próprio, exclusivo e específico para propiciar a prestação a que o sistema se propõe a oferecer a sociedade. Assim, em termos gerais, o direito atua separando o que é jurídico do que é antijurídico, valendo-se de um programa desenvolvido a partir da idéia de se/então, ou seja, se o caso é x, subseme-se à regra y, então a decisão que poderá contribuir para a generalização congruente da expectativa jurídica apresentada ao Judiciário deve ser Z.

Pode-se dizer que o direito, a política e a economia – aqui enfocada sob a perspectiva da ordem financeira estatal – inter-relacionam-se por meio da Constituição. A Constituição, portanto, como aquisição evolutiva da sociedade,⁸ permite uma espécie de permeabilidade entre esses sistemas: “na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as” (NEVES, 2008, p. 97). Com efeito, a Constituição possibilita que os sistemas político e jurídico se abram a influências recíprocas e, ao mesmo tempo em que estabelece limites a essa abertura cognitiva ou, em

⁸ Juliana Neueschwander Magalhães (2009, p. 289) explica que, “No período em que se convencionou chamar por modernidade, a diferenciação social deu-se a partir da estruturação de sistemas sociais orientados para a realização de específicas funções sociais. [...] Essa idéia tanto jurídica quanto política de constituição surgiu, portanto, correlatamente ao incremento da visibilidade de que os sistemas político e jurídico estavam em grau de se apoiarem reciprocamente, o que significava que estavam em grau de se apresentarem como sistemas funcionalmente diferenciados.”

linguagem genérica, a essa permeabilidade desses sistemas. Disso resultarão conseqüências, ainda que indiretas, para as decisões adotadas por cada um desses sistemas. É por isso que o fechamento operacional – que impõe a cada sistema operar com base em seus próprios elementos – deve ser preservado, sob pena de a diferenciação funcional entre os sistemas deixar de existir. Sob essa perspectiva teórica, espera-se que, conquanto sofra as influências do sistema político, o sistema jurídico deve decidir levando em consideração seu próprio código e, assim, defina o que é lícito em cada situação; o sistema político, diversamente, embora se inter-relacione com o sistema jurídico, sofrendo as limitações daí advindas, deverá decidir com base na agregação de interesses e nos elementos concernentes à tomada de decisões eminentemente coletivas.

No âmbito do sistema jurídico, o dever de julgar imposto pelo *non liquet* confere-lhe a nota de completude do ponto de vista operacional: a decisão deve ser produzida no interior do sistema jurídico, conquanto leve em conta circunstâncias que lhe são externas. O sistema político, ao contrário, atua com vistas ao futuro e pode, até certo ponto, decidir quando decidir, valendo-se de adiamentos e delegações, entre outras estratégias. O sistema econômico, a seu turno, decide com vistas a obter a maior vantagem, com o mínimo dispêndio. No que diz respeito ao processo de realização dos direitos do cidadão, pode-se dizer, então, que a Constituição é a referência e o limite para os “pontos de intersecção” entre esses sistemas. Indo um pouco além, pode-se afirmar que os orçamentos públicos são, por assim dizer, a referência constitucional para que o direito possa considerar as condições políticas e econômicas que lhe são externas para decidir sobre impor ao Estado a implementação de um direito social.

Pronuncia-se, assim, a relevância dessas premissas teóricas para a análise da exigibilidade dos direitos sociais. Isso porque, ao enfatizar a diferenciação entre os sistemas, as proposições de Luhmann oferecem bons instrumentais para a construção das fronteiras entre os sistemas jurídico, político e econômico a partir do exame de como são processadas suas interferências recíprocas.

Um dos critérios para se aferir os limites da jurisdição, no que diz respeito à natureza da decisão que será proferida, é se a decisão é programática, pois elaborada para atender os anseios de uma maioria, ou se é programada, produzida de modo condicional, a partir de casos postos. A primeira é tipicamente política, alcança um universo de incidência necessariamente amplo, pois sempre diz respeito a uma coletividade e dirige-se ao futuro; a segunda integra o âmbito do sistema jurídico que, diversamente, oferece espaço mais bem delimitado para a participação dos atores, uma vez que suas decisões não visam a atender expectativas da maioria, mas a proteger expectativas jurídicas. Nada obstante, é certo que cabe ao sistema jurídico, na atividade de controle do poder, valer-se de programas finalísticos. Por outro lado, o sistema político não se exime da vinculação a programas condicionais de natureza normativo-jurídica quando elabora e operacionaliza seus programas finalísticos. (NEVES, 2008, p. 94). Em outras palavras, é dizer que, na atividade de controle da licitude das decisões políticas, o sistema jurídico pode decidir com vistas ao futuro. É o que ocorre, *v.g.*, no controle de constitucionalidade das leis, inclusive orçamentárias e a respectiva execução, assim como nas ações civis públicas que se questionam programas governamentais relativos a políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais.

No que diz respeito à efetivação dos direitos fundamentais e, notadamente, ao controle das políticas públicas pelo sistema jurídico, embora evidenciada a intersecção entre o direito e a política, a diferenciação funcional entre esses sistemas nos leva à construção de limites à atuação dos atores do sistema jurídico. Isso porque não cabe ao sistema jurídico ter como regra a edição de decisões programáticas, tais quais as que pretendem impor uma modelagem à política pública a ser executada por um ou outro governo, conforme parâmetros construídos pelo próprio operador. Todavia, cabe ao sistema jurídico exigir que o código lícito/ilícito seja aplicado à distinção poder/não poder. Assim, no Estado Democrático de Direito, há uma interdependência⁹ entre os dois sistemas, de tal sorte

⁹ Marcelo Neves (2008, p. 89) explica que, “Assim como as decisões políticas subordinam-se ao controle jurídico, o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, de legislação controlada e deliberada politicamente”.

que o poder político só é exercido legitimamente quando atende ao código do sistema jurídico: “Ao lado da distinção primária poder/não poder, o esquema binário lícito/ilícito passa a desempenhar, na perspectiva da observação do sistema político, um segundo código do poder” (NEVES, 2008, p. 89). Como implicação dessa afirmação, é possível inferir que uma decisão do sistema jurídico poderá, por exemplo, bloquear ou suspender a execução de programas de governo que não atendam à necessária licitude. Tal decisão poderá, ainda, com base em deliberações advindas de searas políticas não governamentais ou mistas, como os conselhos gestores de políticas sociais, determinar que uma política pública seja remodelada pela unidade federativa executora.¹⁰ Mais que isso, é necessário não perder de vista o poder-dever incumbido ao sistema jurídico que é fiscalizar, por meio da atuação de seus atores, a elaboração e a execução dos orçamentos públicos, fazendo com que as escolhas alocativas de recursos públicos atendam às demandas da sociedade a que devem servir, bem assim para que tais escolhas sejam respeitadas por ocasião do empenho de recursos, que se dá na execução orçamentária. Vale dizer, se devem estar consubstanciadas nos orçamentos as escolhas políticas de quais direitos terão implementação prioritizada, só pode ser considerada lícita a postura do administrador público que levar em conta essa decisão política já aperfeiçoada quando da realização do empenho correspondente. Portanto, é devida a intervenção jurisdicional em questões que, em princípio, pertenceriam à seara política, sempre que for necessário garantir a preservação da licitude – como código positivo do sistema jurídico – naquelas decisões.

¹⁰ Um bom exemplo de decisões que interferem na implementação de políticas públicas voltadas à concretização de direitos fundamentais sociais, sem incorrer em ativismo, vale dizer, sem “usurpar” o código binário e o programa típicos do sistema político, é a decisão do STJ cuja ementa é: “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido”. (BRASIL, STJ, RE 2002/0169619-5, Rel. Min. Eliana Calmon, 2004).

Seria lícito investir vultosos valores em propaganda institucional – que não raro sequer atendem ao caráter informativo que lhes deve ser ínsito –, por exemplo, quando os recursos destinados ao saneamento básico, à escolarização infantil e à assistência social dos hipossuficientes não fazem face às necessidades daquela sociedade? A resposta a essa indagação pelos principais interessados – a esfera pública organizada em movimentos, fóruns de debates, associações etc. – abre caminhos para um importante espaço de discussão e deliberação política e mobilização social que se oriente, por exemplo, pela busca da efetividade dos orçamentos e pela adequada eleição das prioridades numa dada comunidade sócio-política que antecederá à atuação do sistema jurídico propriamente dito. Destacam-se, assim, esferas de exigibilidade dos direitos fundamentais que precedem à exigibilidade judicial que, decerto, deve ser reservada ao momento oportuno, quando frustradas as possibilidades de discussão política tendente à resolução da questão no âmbito da sociedade e o conflito tiver sua pretensão de exigibilidade social encampada por atores do sistema jurídico que atuam, inclusive, extrajudicialmente, como o Ministério Público.

4.1. Exigibilidade ou justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais?

Como bem anota Gerardo Pisarello (2007, p. 112), uma reconstrução complexa das garantias dos direitos – tanto pelo que diz respeito aos sujeitos encarregados de protegê-las quanto pelo que se relaciona a qual nível de satisfação desses direitos se pode chegar numa determinada sociedade – deve levar em conta os variados níveis de exigibilidade que fogem à esfera estrita da justiciabilidade.

Em uma palavra: a exigibilidade dos direitos sociais não se pode ater aos limites impostos à justiciabilidade desses mesmos direitos. Partindo-se da premissa segundo o qual todos os direitos implicam custos, hão de ser feitas escolhas, em nível social e político, e somente depois de definidas as prioridades para uma dada coletividade se passará ao plano da exigibilidade jurisdicional. Mais que isso, somente depois de esgotadas as vias administrativas, políticas e sociais de exigibilidade é que se deveria buscar a exigibilidade jurídica ou a justiciabilidade dos direitos correlatos às escolhas prévias.

A exigibilidade dos direitos sociais é, nesse contexto, parte de um processo eminentemente social e político que, em regra, somente deve resvalar na instância jurisdicional em situações-limite. Essa é uma forma de escapar à falaciosa ideia de que, num Estado que assegura direitos sociais aos seus cidadãos, deve-se conviver com a supremacia do Judiciário. O ativismo judicial em matéria de direitos sociais traz em si um paradoxo: ao decidir pela sociedade sem que haja o necessário engajamento político da sociedade, enfraquece-se o poder de autotutela dessa mesma sociedade. Além disso, se é fato que todos os indivíduos não dispõem de condições idênticas de acesso à informação e à Justiça, por exemplo, a (re)distribuição individualizada de direitos sociais pode redundar no redimensionamento de velhas injustiças, a partir da reprodução da exclusão. A questão mais tormentosa, nesse ponto, ainda é aquela que diz respeito à ingestão do Judiciário em questões estritamente políticas, ou seja, em escolhas pretéritas que deveriam ter sido chanceladas ou refutadas pelo universo de pessoas por elas afetadas.

Não se está aqui a defender a omissão do Poder Judiciário em face das violações de direitos sociais não raro perpetradas pelo Estado. Apenas se pretende contribuir para que não se busquem soluções simplistas ou milagrosas para questões complexas. A intervenção judicial em matéria de direitos sociais já redundou em muitos progressos, sobretudo quando a questão é posta com a devida profundidade e os “argumentos de direito ou de princípio” – para usar a expressão de Dworkin, conforme faz Habermas (1997) – são devidamente identificados nas razões de decidir e sobrepõem-se aos “argumentos de política”.

É dizer, cabe ao Judiciário dirimir a questão quando todos os argumentos que a envolvem forem passíveis de esclarecimento por meio do processo, sendo para tanto necessário um percurso anterior, percorrido pela sociedade em seus movimentos organizados e pelas instituições e órgãos de controle, como o Ministério Público, por exemplo, no caso brasileiro.

O importante é trazer à cena os fatores que motivaram as opções legislativas, administrativas e orçamentárias para uma dada carência

social e, então, conforme o caminho apontado por cada uma das estratégias para implementação da política pública correlata, definir a estratégia de mobilização e defesa do direito violado.

A intervenção judicial voltada à efetivação de um direito social pode cair num vazio jurídico se não se analisam quais os meios necessários para sua execução e qual o nível de coercitividade que a intervenção traz consigo. Ao contrário, se aferida a omissão e identificada a escolha orçamentária preterida que culminou com a violação de um direito social, por exemplo, a intervenção judicial poderá ser de incomensurável valia para o “empoderamento” do controle social e fator decisivo na motivação dos cidadãos à participação em processos político-deliberativos que envolvem a vida cotidiana e que, no mais das vezes, são ignorados pelos maiores afetados pelas escolhas daí decorrentes. Assim:

Esta perspectiva mais complexa da exigibilidade dos direitos sociais possibilitaria apresentar de maneira menos cética a questão da tutela jurisdicional daqueles direitos. Uma vez assumido, precisamente, que as vias jurisdicionais não podem ser nem a única nem a principal via de satisfação dos direitos sociais, seria possível mostrar de maneira coerente que são, entretanto, vias possíveis e convenientes de proteção, e que todos os direitos, de forma potencialmente equivalente, apresentam aspectos que podem ser objeto de exigibilidade, controle e reparação por parte de tribunais independentes. (PISARELLO, 2007, p. 113, tradução nossa).¹¹

Num contexto essencialmente democrático, portanto, é necessário que a intervenção judicial seja legitimada pelo processo político-deliberativo que antecede a exigibilidade jurídica de um direito social.

¹¹ Esta perspectiva más compleja de la exigibilidad de los derechos sociales possibilitaria presentar de manera *menos escéptica* la cuestión de la tutela jurisdiccional de los mismos. Una vez asumido, precisamente, que las vías jurisdiccionales no pueden ser ni la única, ni la principal vía de satisfacción de los derechos sociales, sería posible mostrar de manera coherente que son, sin embargo, vías posibles y convenientes de protección, y que todos los derechos, de manera potencialmente equivalente, presentan facetas que pueden ser objeto de exigibilidad, control y reparación por parte de tribunales independientes.

Em nada contribui para o aperfeiçoamento das instituições democráticas desconhecer a preeminência do âmbito político e a imprescindibilidade de que os potencialmente afetados pelas deliberações assumam seu lugar nesse processo.

Longe das raias do passivismo judicial, o esforço rumo ao equilíbrio entre os Poderes e à reconstrução democrática do plano de efetividade dos direitos sociais impõe seriedade no trato da questão. Conquanto haja inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal em que a postura ativista seja notória e, muitas vezes, despida de qualquer eficácia fática, naquela decisão que mencionamos em linhas anteriores (SL 228/CE – CEARÁ) os argumentos antiativistas ou contrários ao que se convencionou chamar de judicialização da política também foram enfrentados com o necessário vigor:

Nessa perspectiva, talvez seja necessário redimensionar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte no processo. [...] (STF/DF – Suspensão de Liminar 228-7/CE. Min. Rel. Gilmar Mendes, 14.10.2008).

Cumprе observar que, quando se consideram os critérios que antecederam à formulação de uma dada política pública e se constata a inobservância dos parâmetros que os originaram ou mesmo a inércia do Poder Executivo em tornar tal política efetiva, embora seja notória a prioridade estabelecida, é dever do Poder Judiciário, atento às condições de um programa normativo condicional, apreciar

a questão que lhe é apresentada, não havendo excesso quando se controla o exercício do poder-dever de bem administrar os recursos públicos e as demandas da sociedade.

4.2. A reserva do possível como limite intrínseco à implementação dos direitos em geral

Como bem nos lembra Lopes (2008, p. 178), desde Roma é sabido que *Impossibilitum nulla obligatio est*. A expressão foi incorporada à compilação determinada por Justiniano e, ao longo dos anos, à tradição jurídica ocidental, até porque é evidente, entre nós, que não se pode esperar que outrem preste o impossível.

A sofisticação desse pensamento elementar pode ser tributada à tradição alemã, porque na década de 70 o Tribunal Constitucional passou a reconhecer que os limites postos pelas políticas públicas de educação, por exemplo, não poderiam se curvar ao interesse individual por este ou por aquele curso superior. O caso paradigmático, à época, referia-se à limitação no número de vagas oferecidas para certa formação acadêmica. Inconformado com a impossibilidade de ingressar no curso pretendido, um indivíduo buscou o Judiciário para fazer valer seu direito à livre escolha de sua profissão. Nesse contexto, argumentou-se que a ação estatal estaria delimitada pela “reserva do possível” em referência ao dever de o particular se submeter ao planejamento estatal elaborado a partir das demandas e expectativas de determinada comunidade política. Se o Estado distribuiu as vagas em entidade de ensino superior conforme a demanda profissional que pretendeu atender, a motivação clara que antecedeu à formulação dessa política pública educacional/profissional não se pode sucumbir ao voluntarismo de um ou outro cidadão. Deve-se ter em mente que falamos de um país onde o estado social foi satisfatoriamente implementado e que tal decisão foi proferida em pleno *welfare state*, contexto em que um jovem recém-formado sem perspectivas de colocação profissional decerto oneraria sobremaneira os cofres públicos.

Num contexto muito diferente, no entanto, a reserva do possível vem-se assentando como panaceia contra todas as ações dirigidas a garantir os direitos sociais dos cidadãos sob vários argumentos.

Em geral, valendo-se da tradicional concepção de que apenas os direitos sociais são prestacionais e, por isso, exigem uma contraprestação de ordem financeira do Estado para sua implementação, argumenta-se que a concretização desses direitos está a depender de previsão e efetiva disponibilidade financeiro-orçamentária. Logo, a aplicação da teoria da reserva do possível, tal como introduzida no ordenamento jurídico pátrio, tende a afastar a exigibilidade jurídica dos direitos sociais, sem maiores questionamentos quanto a cada hipótese em concreto. Nem sequer se cogita da obrigação que o ente estatal tem de, na condição de devedor de determinada prestação, comprovar a inexistência de provisionamento para executar a política pública correlata a esta prestação ou, ainda, o dever de prestar contas dos recursos já investidos nas políticas e nos programas previamente definidos como prioritários.

Não estamos a advogar no sentido de que se pode desconhecer a existência de limites orçamentários que possam configurar óbices à sindicabilidade de um direito social, “mas como orçamentos não são coisas da natureza mas frutos de decisões políticas, é bem possível que eles também estejam sujeitos a regras de elaboração e que, portanto, possam ser jurídica e judicialmente impugnados” (LOPES, 2008, p. 179).

Propor a aplicação da teoria da reserva do possível sem que sejam trazidos à tona elementos que permitam avaliar quais as escolhas foram feitas quando da decisão pela alocação de recursos e a implementação desta ou daquela política pública é fazer tábula rasa da mesma razão de ser da questão política que subjaz à reserva do possível. É privar da análise jurídica o público potencialmente interessado na eficácia das escolhas e na eficiência da execução dessas opções políticas. Se todos sabemos que o mundo contemporâneo é premido por contingências como a escassez de recursos, a qual tende a implicar desigualdade crescente, há de haver regras – regras claras e suscetíveis de análise pelo Judiciário, inclusive – que presuponham congruência no acesso ao direito cuja proteção norteou a distribuição desses recursos.

Assim é que, quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável sobre sua destinação, donde

se torna premente a necessidade de aprimorar os mecanismos de gestão democrática do orçamento público, bem como do processo mesmo de administração de políticas públicas em geral, no âmbito legislativo e administrativo (LEAL, 2006).

No entendimento aqui apresentado, a doutrina da reserva do possível pode ser até eficaz no sentido de tornar claras as opções políticas que culminam com a escolha pela implementação de uma política pública em detrimento de outra, por exemplo, ou para desvelar a inoperância de uma dada política diante da falta dos investimentos previstos para sua execução e não empenhados, conquanto houvesse previsão orçamentária nesse sentido. Seria eficaz, também, se entendida como uma restrição à análise de questões eminentemente políticas, ou seja, quando a matéria submetida à apreciação judiciária esteja adstrita “à decisão de conveniência e de hierarquização de prioridade cujos critérios não são exclusivamente legal-normativos” (LOPES, 2008, p. 184).

Entretanto, o raciocínio inverso é igualmente válido. Invocada a reserva do possível e apresentados os argumentos técnicos inerentes à alocação de recursos, à elaboração da política pública e à distribuição dos investimentos em nível orçamentário, o próprio Executivo reconhece o orçamento como um instrumento que vincula – e não apenas orienta – toda a ação administrativa, porquanto caberá a ele empreender todos os esforços necessários para executar esse orçamento.

Embora o tema demande reflexões de maior monta, o objetivo deste tópico limita-se à anotação de algumas críticas à forma inconsistente e incoerente que a teoria da reserva do possível assumiu no Brasil. O que se vê, de fato, é sua utilização como mero argumento capaz de obstar, independentemente das contingências ou peculiaridades de cada caso concreto – o que deveria, no mínimo, ser objeto de prova produzida por quem alegar a inexistência de reservas –, a justiciabilidade dos direitos sociais, configurando uma causa legitimadora da inércia estatal ou, quando muito, uma justificativa para a não interferência nas opções legislativas ou administrativas, como se tais escolhas não devessem estar submetidas ao crivo de todos os indivíduos potencialmente sujeitos às consequências decorrentes dessas escolhas.

5. Conclusão

Após algumas considerações sobre a fundamentalidade dos direitos sociais e apresentados alguns dos óbices à sua exigibilidade, percebe-se que muito interessa, inclusive para o surgimento de uma cultura de civilidade política, desmistificar postulados que vêm sendo reproduzidos ao longo dos anos.

Se o direito é, potencialmente, um instrumento de conservação das tradições, isso não exclui a possibilidade de que seja utilizado como instrumento de transformação de uma sociedade. A mesma força que tende a manter o *status quo* pode ser usada na construção de novos caminhos democráticos.

A questão que não pode ser afastada desse raciocínio diz respeito apenas ao fato de que o poder de transformação do direito advém do potencial de transformação demonstrado por uma sociedade, seja por intermédio de seus próprios movimentos e organizações, seja por intermédio das instituições cuja atuação legítima. Não se pode esperar, tampouco acreditar, que um dos Poderes, isoladamente considerado, agirá em nome de uma sociedade que não se mobiliza e que não expressa suas expectativas de realização de direitos. Por isso é inadequada a crença de que a supremacia do Judiciário é o caminho mais curto para a progressiva concretização de direitos sociais. A situação é demasiado complexa para admitir um raciocínio assim tão simplista.

Quando se fala em justiciabilidade de direitos fundamentais sociais, embora não se desconheça os bem vindos avanços alcançados por essa vertente realizadora de direitos, faz-se referência a apenas um dos caminhos que podem ser democraticamente utilizados para a concretização progressiva dos direitos relacionados a fruição da cidadania. Contudo, perfilha-se o entendimento de que os âmbitos de exigibilidade extrajudiciais, internos ou externos ao sistema jurídico, são adequados e podem alcançar maior índice de eficiência no cumprimento desse mister. Fosse assim, como ironiza Rodolfo Arango (2004, p. 133), bastaria que, no bojo de uma determinada ação, um juiz decretasse a felicidade geral das pessoas ou um salário mínimo que, de fato, fizesse face à tarefa de proporcionar uma vida materialmente condigna ao trabalhador. Bastariam poucas decisões aqui e acolá para que todos os problemas sociais encontrassem bom termo.

Longe de advogar em prol de um Judiciário passivo, pretendeu-se apresentar a complexidade do desafio da contemporaneidade, mormente em países não centrais, com baixos níveis de efetividade de direitos essenciais à existência condigna dos indivíduos, de encontrar um equilíbrio entre os poderes e redesenhar o papel dos tribunais como instrumentos de combate à inércia ou à hiperatividade do Legislativo, além de controlar a omissão ou os desvios da administração pública.

Ter em mente que a efetivação de todos os direitos implica custos, por outro lado, deve ser impactante, na medida em que as escolhas políticas sobre como e onde alocar os limitados recursos públicos passem a ser objeto do controle social, vislumbra-se a possibilidade de que isso contribua para que os potencialmente afetados por todas essas decisões mobilizem-se para incidir e interagir nesse processo político que precede a elaboração da agenda orçamentária de um ente federativo. Se a planilha de despesas e receitas do Estado deve ser organizada num orçamento e realizada durante a execução orçamentária correspondente, que esse orçamento passe a vincular, na medida de sua concretização, as ações – ou omissões – da administração pública. O orçamento poderá, assim, ser um instrumento que favoreça a efetivação de direitos, e a vinculação da Administração aos seus postulados – não falamos de previsão orçamentária, mas em execução do orçamento com base nos recursos efetivamente disponíveis – seria, de igual sorte, um meio legítimo para que as expectativas sociais em torno desse mesmo orçamento pudessem ser realizadas.

Com efeito, a exigibilidade judicial prestar-se-ia, propriamente, para fazer valer as escolhas políticas e as prioridades identificadas num dado contexto social. Nesse modelo, nenhuma das esferas de exigibilidade é desconsiderada ou subestimada. A incidência da sociedade nos processos políticos relativos à elaboração orçamentária e o acompanhamento da execução correspondente antecedem à exigibilidade administrativa ou política que deverá ser legitimada por órgãos de controle conforme o desenho institucional de cada Estado. No contexto brasileiro, o Ministério Público possui um desenho institucional que favorece o desempenho de um papel destacado na articulação dos interesses socialmente relevantes em face do Estado, identificando demandas de um lado e buscando novas perspectivas de concretização das políticas públicas correlatas aos direitos cuja efetivação tenha sido negligenciada pelo ente estatal, de outro. Para tanto, é necessário uma progressiva

aproximação com a sociedade civil organizada, o que *v.g* ocorre por meio da atuação extrajudicial que o conecta com os mais importantes canais de discussão e deliberação da sociedade a que deve servir.

Assim, a exigibilidade jurisdicional dos direitos poderia ser, de fato, relegada ao plano da excepcionalidade. E, frise-se, a motivação para essa conclusão não são os óbices erguidos em desfavor da justiciabilidade desses direitos, mas pura e simplesmente porque a regra, num Estado Democrático, não pode ser a intervenção judicial em toda e qualquer questão política. Há de haver um caminho prévio que possibilite ao Judiciário não agir no lugar da sociedade, mas agir como instituição capaz de agregar legitimidade às várias formas de mobilização social que, embora tenham eventualmente orientado a decisão política, não tenham sido eficientes no sentido de restabelecer ou fazer cumprir o direito violado. No que diz respeito ao Ministério Público esse é o papel que lhe incumbe: estimular a transformação social fazendo valer as escolhas que atendam aos anseios dessa sociedade, no plano jurisdicional, quando necessário.

6. Referências bibliográficas

ARANGO, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade*: uma antologia de ensaios. HARDY, Henry; HAUSHEER, Roger (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 2002/0169619-5, Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, 11 de novembro de 2003. p. 236, publicada em mar. 2004.

COUTO, Claudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. *Revista Lua Nova*, 65. São Paulo, 2005, p. 95-135.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate*: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Constelação pós-nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

_____. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

LEAL, Roberto Gesta. *Administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais*: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Law as social system*. New York: Oxford University Press, 2004.

MAGALHÃES, Juliana Neueschwander. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*: Constituição e diferença. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Org). *Participação e deliberação*: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.

SPOSATI, Aldaiza. *Mínimos Sociais e Seguridade Social: uma revolução da consciência da cidadania*. *Serviço Social e Sociedade*, n. 55, São Paulo: Cortez, 1997.

SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights*: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever. New York: Basic Books, 2004.

SUNSTEIN, Cass R; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*: why liberty depends on Taxes. New York: Norton, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; MARCELO Burgos. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck; MARCELO Burgos. (Coord.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: IUPERJ. p. 337-492.

Artigo enviado em: 25/01/2010

Artigo aprovado em: 18/08/2010